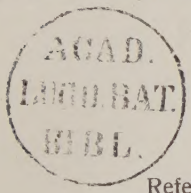
Untersuchungen
über
§ 869 Satz 1 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig



eingereicht von

Hans Schaefer

Referendar an der Handelskammer Chemnitz.

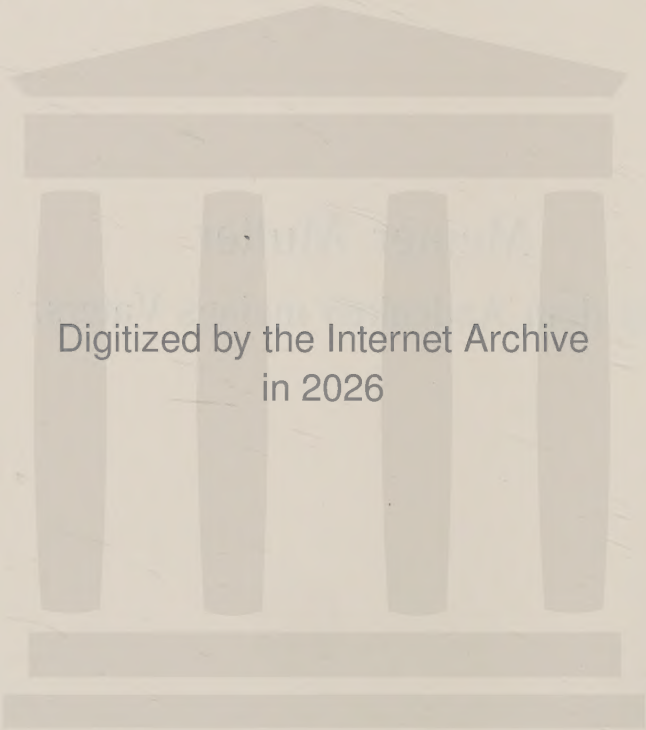
Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meiner Mutter

und dem Andenken meines Vaters.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0091

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. — § 1 1

Erster Abschnitt.

Die verschiedenen in der Literatur vertretenen Ansichten über § 869 Satz 1 BGB. — § 2 3

I. Die verschiedenen Ansichten, nach denen § 869 Satz 1 über den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers Bestimmungen trifft. — § 3 4

II. Die verschiedenen Ansichten, nach denen § 869 Satz 1 keine legislative Bedeutung hat. — § 4 12

Zweiter Abschnitt.

Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten.

I. Auslegungsgrundsätze. — § 5 15

II. Was besagt § 869 Satz 1 BGB.? — § 6 19

III. Was bezweckt § 869 Satz 1 BGB.? — § 7 21

1. Die Bedeutung der Frage, ob und inwieweit verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist. — § 8 22

2. Wie muß der mit verbotener Eigenmacht angreifbare Besitz beschaffen sein? — § 9 . . . 27

3. Vom Wesen des mittelbaren Besitzes. — § 10 . 30

a) Die wesentlichsten Theorien. — § 11 . . 31

b) Kritik. — § 12 34

Seite

4. Ist verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich? — § 13 39
5. Die Lösung der Frage, was § 869 Satz 1 BGB. bezweckt. — § 14 40
6. Nachprüfung des Ergebnisses auf dem Wege grammatischer Interpretation. — § 15 42

IV. Zusammenfassung und Schluß. — § 16 50

Literaturverzeichnis.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 645 ff.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 1 ff.

Bendix, Die Besitzlehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung. Im Recht 1900 S. 71.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des gemeinen Rechts. Berlin 1897.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Rostock 1897.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 69 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Denkschrift zur Reichstagsvorlage (Bürgerliches Gesetzbuch). Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Engelhardt, Welche Rechte stehen dem Oberbesitzer zu? Diss. Erlangen 1902.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 36.

Fischer, Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? In der Deutschen Juristenzeitung 1898 S. 367.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 5. Aufl. München 1902.

Francke, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, insbesondere das gegenseitige Verhältnis des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers. Diss. Breslau 1903.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. Breslau 1901.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1897.

Gierke, Gutachten. In den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags Bd. 3 S. 29 ff. Berlin 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Teil 1. Berlin 1900.

Grützmann, Wirkungen des Besitzes. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 8 S. 321 ff.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. Stuttgart 1897.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Joseph, Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem preußischen Recht und der preußischen Rechtsprechung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 265 ff.

Klein, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn 1899.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jena 1900.

Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 1 ff.

Krahé, Der Besitzschutz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 2. Berlin 1899.

Künkler, Der Selbsthilfeschutz des Besitzers nach § 859 BGB. Diss. Marburg 1899.

Lenel, Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts. Straßburg 1896.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung. 2. Aufl. München 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz. Buch 3: Sachenrecht. Berlin 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1905.

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899.

Philler, Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. Leipzig 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1899.

Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Diss. Freiburg 1906.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 4. Aufl. Leipzig 1895.

Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gießen 1907.

Reiß, Über mittelbaren Besitz. Diss. Marburg 1904.

Rohde, Der mittelbare Besitz. In den Studien im Besitzrecht Abschn. XXI. Düsseldorf 1907.

Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1899.

Schmelzer, Selbstschutz des Besitzers im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.

Schulenburg, Über den Schutz des Besitzes an Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.

Schwenk, Der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1903.

Selbmann, Der possessorische Schutz des mittelbaren Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1906.

Sievers, Die Selbsthilfe im Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1905.

Sprenger, Das Wesen des Besitzes auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1903.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 3: Sachenrecht, erläutert von Kober. 3./4. Aufl. München 1907.

Straaten, Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers. Dissert. Bonn 1904.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1897.

Strohal, Referat. In den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags Bd. 4 S. 129ff.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 336ff.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Weidemann, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Berlin 1902.

Wendt, Besitz und Besitzwille. Gießen 1907.

Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 40ff.

Wendt, Gutachten. In den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags Bd. 3 S. 3ff.

Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 143ff.

Zimmer, Die Selbsthilfe beim Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1906.

Die ohne weitere Benennung angeführten Paragraphen beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Einleitung.

§ 1.

Daß trotz aller Schärfe in der Begriffsbestimmung, trotz aller Peinlichkeit in der Ausdrucksweise, trotz einer geradezu pedantischen Genauigkeit in der Form und äußeren Anlage des Bürgerlichen Gesetzbuches die zweifelsfreie Feststellung seines Inhaltes bisweilen noch rechte Schwierigkeiten bietet, erkennt man deutlich an der Verschiedenheit, mit der in der Wissenschaft zu der Auslegung des ersten Satzes von § 869 BGB. Stellung genommen wird. Dadurch, daß sich dieser Satz nicht gerade sehr klar ausdrückt, werden Zweifel in die wichtige Frage nach dem Besitzschutze des mittelbaren Besitzers hineingetragen. Sie zeigten sich schon sehr bald nach Entstehung des neuen Rechts aus der sich rapid entwickelnden Literatur und noch deutlicher in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, wo gelegentlich der Begutachtung einer anderen, verwandten Frage die Sprache auch auf den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers kam und dabei drei der bedeutendsten Zivilrechtslehrer unserer Zeit: Gierke, Strohal und Wendt, ihre schon vordem in der Literatur[1]) ge-

[1]) s. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7 Anm. 15; Strohal, Sachbesitz S. 51ff.; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 52ff.

geäußerten, wesentlich voneinander verschiedenen Ansichten nachdrücklichst gegeneinander verfochten.[2])

Seitdem ist in der reichen Literatur über das Bürgerliche Gesetzbuch viel auch über die Frage der Auslegung von § 869 Satz 1 geschrieben und durch neue Auslegungsvorschläge auf eine weitere Klärung hinzuwirken versucht worden. Allgemeine Anerkennung hat jedoch, wie mir scheinen will, bis jetzt noch kein Auslegungsmodus gefunden. Wenn man trotzdem vielfach von einer herrschenden Ansicht spricht, so urteilt man wohl mehr nach dem Auslegungsergebnisse als danach, wie man im einzelnen zu diesem Ergebnis geführt wird. Man vergleicht überdies, wie ich glaube, die Auslegungsergebnisse vielfach auch nur bezüglich einzelner Besitzschutzrechte und faßt danach die Interpreten zu Gruppen zusammen, in die sie wahrlich nicht gebracht werden dürften, wenn man auf das Gesamtergebnis ihrer Auslegung sehen würde.

Es soll unsere Aufgabe sein, im folgenden zunächst die verschiedenen Konstruktionen, die sich bezüglich der Auslegung von § 869 Satz 1 in der Literatur vertreten finden, zusammenzustellen und zu gruppieren; im Anschluß daran wollen wir uns dann selbst, unter kritischer Betrachtung der einzelnen Auslegungsvorschläge, ein Urteil über die Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle zu bilden versuchen.

[2]) Gierke in den Verhandl. des 24. Deutschen Juristentages Bd. 3 S. 37ff.; Strohal ebenda Bd. 4 S. 132; Wendt ebenda Bd. 3 S. 5ff.

Erster Abschnitt.

Die verschiedenen in der Literatur vertretenen Ansichten über § 869 Satz 1 BGB.

§ 2.

Nachdem in § 868 BGB. ausgesprochen ist, daß, wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, auch der andere Besitzer ist und zwar sogenannten mittelbaren Besitz hat, bestimmt § 869 in Satz 1:

„Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu".

In einem neuen Satze, aber ohne abzusetzen, fährt § 869 dann fort:

„. . . Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der

gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird".

Nach dem Wortlaute von § 869 Satz 1 glaubt man jedenfalls so viel als sicher behaupten zu können, daß Satz 1 Bestimmungen für den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers treffe. Indessen schon dagegen erhebt sich in der Literatur stellenweise der Widerspruch derjenigen, die dem Satz 1 überhaupt jegliche legislative Bedeutung absprechen.

I. Die verschiedenen Ansichten, nach denen § 869 Satz 1 über den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers Bestimmungen trifft.

§ 3.

Wenn nun die Meinung, daß § 869 Satz 1 Bestimmungen über den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers trifft, auch als die herrschende zu gelten hat, so gehen ihre Anhänger doch in ihren Ansichten darüber, in welcher Weise und demzufolge welche Bestimmungen Satz 1 trifft, sehr wesentlich auseinander.

A. Nach Ansicht der Mehrheit bestimmt er die Besitzschutzrechte des mittelbaren Besitzers erschöpfend, so daß dieser nur die in Satz 1 erwähnten, keine weiteren Besitzschutzrechte habe.

In ihren Begründungen weichen die Vertreter dieser Ansicht wieder sehr voneinander ab:

a) Die einen finden im § 869 Satz 1 eine erschöpfende Regelung deswegen, weil Satz 1 den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers überhaupt erst bestimme.[3])

Denn in den §§ 859, 861, 862 BGB., in denen der Besitzschutz „des Besitzers" normiert werde, sei, trotzdem nach § 868 der mittelbare Besitzer „auch Besitzer" sei, nur der im Gegensatz zum mittelbaren Besitzer in der Wissenschaft allgemein als unmittelbarer bezeichnete Besitzer zu verstehen, und zwar nach Ansicht eines Teiles deswegen, weil im Bürgerlichen Gesetzbuch trotz § 868 unter „Besitzer" immer, mithin auch in den

[3]) So Strohal, Sachbesitz S. 51ff., 58, 121ff.; Biermann, Sachenrecht zu § 869 S. 39; v. Staudinger, Komm. z. BGB. zu § 869 S. 59; Planck, Komm. z. BGB. § 869 Anm. 2; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 S. 86f. zu § 869; Kretzschmar, Sachenrecht § 859 Anm. 5 und § 868 Anm. 4; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2 S. 165; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 77f. (anders in der 1. Aufl.); Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 48ff. u. Verhandl. des 24. Deutschen Juristentags Bd. 3 S. 5; Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 2 S. 586; Maenner, Sachenrecht S. 141; Bunsen, Einführung in das BGB. Bd. 2 S. 24 u. im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 80ff.; Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. 1 S. 231, 238, 243; Rohde, Der mittelbare Besitz S. 41f.; Regelsberger, Der gerichtl. Besitzschutz nach röm. R., nach gem. R. u. nach dem BGB. S. 21; Bendix im Recht 1900 S. 71; Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 676, 680; Künkler, Diss. S. 36f.; Selbmann, Diss. S. 43f.; Schulenburg, Diss. S. 40f.; Zimmer, Diss. S. 34f.; Sievers, Diss. S. 22 u. a.

§§ 859, 861, 862 nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen sei (so Wendt).[4])

Andere gehen weniger weit und meinen, es sei im einzelnen zu erweisen, ob auf den mittelbaren Besitzer die für den Besitzer schlechthin getroffenen Bestimmungen Anwendung fänden; hinsichtlich der Bestimmungen in den §§ 859, 861, 862 im besonderen lasse sich dies nicht erweisen (so insbesondere Strohal).[5])

Die dritte Gruppe endlich dehnt auf Grund von § 868 alle vom Besitz schlechthin handelnden gesetzlichen Bestimmungen ohne weiteres auch auf den mittelbaren Besitz aus, soweit sich nicht, wie gerade bei den Bestimmungen der §§ 859, 861, 862, aus dem Zusammenhang oder der Natur des mittelbaren Besitzes eine Einschränkung auf den unmittelbaren Besitz ergebe (so u. a. Planck).[6])

Verleihe nun aber, so folgern Wendt, Strohal und Planck gemeinsam weiter, der § 869 Satz 1 dem mittelbaren Besitzer erst einen Besitzschutz, dann könne dieser auch nur den in Satz 1 ausdrücklich bestimmten Umfang haben.[7])

[4]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 48, 68; anders neuerdings in „Besitz und Besitzwille" S. 25.

[5]) Sachbesitz S. 29 und Referat S. 132; auch Künkler S. 35.

[6]) Komm. § 868 Anm. 4; ferner v. Staudinger § 868 Anm. I, 3a; Neumann § 868 Anm. II, 1; Kretzschmar § 868 Anm. 1 u. 4; Bunsen im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 80f.

[7]) Danach würden dem mittelbaren Besitzer die Selbsthilfe-

Für diese Art der Auslegung des § 869 Satz 1 berufen sich ihre Anhänger überdies auch auf die Entstehungsgeschichte des § 869 Satz 1.

b) Andere — so namentlich Crome[8]) — meinen, daß dem mittelbaren Besitzer auf Grund von § 868 der Besitzschutz der §§ 859, 861, 862 an sich unbeschränkt zustehe; sie sehen demgegenüber in § 869 Satz 1 nur eine Wiederholung aus § 868 und darin zum Ausdruck gebracht, daß die Bestimmungen über den Besitzschutz nur im Umfange von Satz 1 auf den mittelbaren Besitzer ausdehnbar, die nicht ausdrücklich erwähnten Besitzschutzrechte dagegen dem mittelbaren Besitzer per argumentum e contrario entzogen sein sollten.

Trotz wesentlicher Verchiedenheit der unter a und

rechte des § 859 fehlen. Anderer Ansicht freilich Engelhardt, Diss. S. 21 ff. Er gibt zu, daß dem mittelbaren Besitzer jene Rechte zwar nirgends ausdrücklich gegeben würden, vertritt jedoch den Standpunkt, daß sie ihm in § 869 Satz 1 stillschweigend zugestanden würden; es könnten ihm daselbst nicht die Rechte aus §§ 861, 862 eingeräumt und die aus § 859 versagt werden, da diese Paragraphen einander sehr nahe verwandt und gewissermaßen auf denselben Grundlagen aufgebaut seien. Wenn das Gesetz wirklich die Absicht gehabt hätte, dem mittelbaren Besitzer die Rechte aus § 859 zu verweigern, würde es diese Absicht bei der doch gewiß nicht geringen Bedeutung dieser Frage sicherlich in unzweideutigen Worten zum Ausdruck gebracht und nicht einfach mit Stillschweigen übergangen haben.

[8]) System des deutschen bürgerl. R. Bd. 3 S. 31, insbesondere Anm. 12; ferner Krahé, Diss. S. 53 f.; anscheinend auch Reiß, Diss. S. 46 ff.

b geschilderten beiden Auslegungsarten gelangt man doch mit beiden zu demselben Ergebnisse: der mittelbare Besitzer hat in beiden Fällen nur die in § 869 Satz 1 erwähnten Besitzschutzrechte,[9]) das sind die Besitzentziehungsklage (§ 861) und die Besitzstörungsklage (§ 862), erstere mit den sich aus § 869 Satz 2 ergebenden Modifikationen.

Dagegen hat er nicht die Selbsthilfebefugnisse des § 859, da sie unter den in § 869 Satz 1 erwähnten Rechten nicht auftauchen. Die bezeichneten Klagen hat der mittelbare Besitzer, wie in Satz 1 durch das Wort „auch" deutlich zum Ausdruck gebracht ist, nur für den Fall, daß sie gleichzeitig für den unmittelbaren Besitzer aus verbotener Eigenmacht gegen ihn begründet sind,[10]) also entweder zusammen mit dem unmittelbaren Besitzer oder gar nicht. Sie können ihm daher auch nur Dritten gegenüber zustehen, da der unmittelbare Besitzer aus begrifflicher Unmöglichkeit nicht gegen sich selbst verbotene Eigenmacht verüben und deswegen auch nicht gegen sich selbst Besitzschutzansprüche haben kann.[11])

[9]) A. M. nur Engelhardt (s. oben Anm. 7).

[10]) Auch nur unter dieser Voraussetzung kann Engelhardt dem mittelbaren Besitzer die Selbsthilfebefugnisse des § 859 zugestehen.

[11]) Für denselben Besitzschutz, zu dem die Anhänger der unter A gekennzeichneten Auslegungen gelangen, tritt in der Literatur außer den bereits Genannten noch eine Reihe anderer ein, jedoch ohne klar erkennen zu lassen, wie sie sich dabei mit § 869 Satz 1 abfinden; hierher gehören z. B. Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl.

B. Zu einem wesentlich erweiterten Besitzschutz für den mittelbaren Besitzer gelangt Meisner.[12]) Er folgt zunächst der unter A, b angeführten Auslegungsweise, erkennt aber schließlich in § 869 Satz 1 eine Einschränkung für § 868 nur insoweit an, als es sich um den Besitzschutz Dritten gegenüber handelt; denn nur von diesem sei in § 869 Satz 1 die Rede. Insoweit muß Meisner demnach dem mittelbaren Besitzer dieselben Besitzschutzrechte zugestehen wie diejenigen, die in § 869 Satz 1 eine erschöpfende Regelung des Besitzschutzes für den mittelbaren Besitzer überhaupt erblicken (s. oben unter A).

Hinsichtlich des Besitzschutzes gegenüber dem unmittelbaren Besitzer erleide jedoch die nach § 868 erfolgende Ausdehnung der §§ 859, 861, 862 auf den mittelbaren Besitzer keine Einschränkung. Dem unmittelbaren Besitzer gegenüber habe der mittelbare

---

R. Bd. 2 S. 16; Haidlen Bd. 2 S. 21; Scherer, Sachenrecht S. 14f.; Ostermeyer, Handb. des Sachenrechts S. 102f.; Randa, Der Besitz nach österr. Recht, Vorwort zur 4. Aufl. S. VIIIf.; Joseph im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15 S. 276; Philler, Vorlesungen über das BGB. S. 201; Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. S. 280. Cosack (Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 S. 63, 96) gibt wenigstens an, daß er in § 869 Satz 1 eine erschöpfende Regelung des Besitzschutzes des mittelbaren Besitzers sehe, stützt seine Ansicht aber größtenteils nur auf die Entstehungsgeschichte. Ähnlich auch Sprenger, Diss. S. 83ff.

[12]) Meisner, BGB. zu § 869 S. 26f.

daher die sämtlichen in den §§ 859, 861, 862 gegebenen Besitzschutzbefugnisse.

C. Den umfänglichsten Besitzschutz hat der mittelbare Besitzer dann, wenn man — wie namentlich Buhl[13]) — den § 869 Satz 1 gegenüber dem § 868 als eine erweiternde Spezialbestimmung auffaßt. Buhl versteht zunächst ebenfalls — wie Crome und Meisner[14]) — unter dem Besitzer in den §§ 859, 861, 862 den mittelbaren Besitzer mit, kann dann aber für diesen vollen Besitzschutz des mittelbaren Besitzers ein einschränkendes argumentum e contrario aus § 869 Satz 1 um so weniger herausfinden, als seiner Ansicht nach dieser Satz etwas durchaus Neues ausspricht. Während für die auf Grund von § 868 dem mittelbaren Besitzer zustehenden Schutzrechte verbotene Eigenmacht gegen diesen Voraussetzung sei, statte § 869 Satz 1 den mittelbaren Besitzer für den Fall verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer mit den Rechten der §§ 861, 862 aus. Natürlich habe für diesen Fall der mittelbare Besitzer, bei dem Mangel jeder weiteren Bestimmung, nicht mehr Rechte, als er durch § 869 Satz 1 ausdrücklich erhalte, demnach nicht die

---

[13]) Das Recht der beweglichen Sachen S. 39ff.; ferner auch Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 3 S. 77 (abweichend in früherer Auflage S. 72, wegen des Inhalts der Mot. und der Kommissionsprot.); Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust S. 151ff.; anscheinend auch Schmelzer, Diss. S. 63ff.

[14]) s. oben unter A, b und B.

Rechte aus § 859. Sei allerdings die verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer zugleich solche gegen den mittelbaren, so habe dieser auch die Rechte des § 859; denn dann sei ja in § 868 eine weitere Bestimmung vorhanden, die ihm diese Rechte gebe, ebenso wie er dann die Rechte aus den §§ 861, 862 nicht erst durch § 869 Satz 1 erhalte, sondern schon aus § 868 habe. Jene Rechte des § 859 würden ihm auch nicht durch ein aus § 869 Satz 1 etwa zu entnehmendes argumentum e contrario entzogen; § 869 Satz 1 habe vielmehr den Zweck, den Schutz des mittelbaren Besitzers zu erweitern, nicht ihn zu beschränken.[15])

[15]) Auch Weidemann, Diss. S. 30ff., stimmt dieser Auslegung im wesentlichen zu, weicht jedoch von ihr insofern ab, als er einmal auf das Verhältnis des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers zueinander § 866 analog anwenden und demgemäß jeden Besitzschutz in dem Verhältnisse der beiden zueinander, soweit es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, ausgeschlossen wissen will, ferner aus dem unbestrittenen Zwecke des Besitzschutzes, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren, folgert, daß dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren die Besitzselbsthilfe (§ 859) da zu versagen sei, wo er diesem gegenüber jede äußerlich im Verkehr erkennbare Beziehung zur Sache aufgegeben habe.

II. Die verschiedenen Ansichten, nach denen § 869 Satz 1 keine legislative Bedeutung hat.

§ 4.

Daß § 869 Satz 1 überhaupt keine rechtschaffende Bedeutung hat, ist die Auffassung aller derer, die meinen, § 869 habe nur die Aufgabe, das Verhältnis der konkurrierenden Besitzansprüche des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers zueinander zu regeln.[16])

Sie legen dabei den Nachdruck auf Satz 2 u. 3, weil nach ihrer Ansicht der § 869 einzig und allein in diesen Sätzen etwas Neues bringe. Was Satz 1 besage, sei schon durch § 868 in Verb. mit §§ 861, 862 zum Ausdrucke gelangt. Nach § 868 stehe dem mittelbaren Besitzer — und insoweit ergibt sich wieder Übereinstimmung mit den Auslegungen von Crome,[17]) Meisner[18])

[16]) So z. B.: Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15, Gutachten S. 37ff. u. Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 250; Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 68ff.; Fischer-Henle, BGB. § 869 Anm. 7 und damit übereinstimmend Fischer in der DJZ. 1898 S. 367; Eck, Vorträge über d. Recht d. BGB. Bd. 2 S. 34ff.; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Bd. 2 S. 462ff., 470; Grützmann im Sächs. Arch. Bd. 8 S. 332f.; Kniep, Der Besitz des BGB. S. 8ff., 315ff, 421; Schwenk, Diss. S. 49, 51; Straaten, Diss. S. 11ff.; Klein, Diss. S. 34ff., 42; Franke S. 36ff.; — scheinbar auch Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 80; Buchka, Vergl. Darst. des BGB. für das Deutsche Reich u. das gem. R. S. 168 Anm. 4.

[17]) vgl. oben § 3 unter A, b.

[18]) vgl. oben § 3 unter B.

und Buhl[19]) — der Besitzschutz der §§ 859, 861, 862 in vollem Umfange bereits zu. Hinsichtlich der in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche schaffe § 869 Satz 1, wenn er diese Ansprüche als dem mittelbaren Besitzer zustehend ausdrücklich erwähne, nur völlige Klarheit. Schweige er dabei von den Ansprüchen des § 859, so könne das keinesfalls die Bedeutung haben, daß diese Ansprüche dem mittelbaren Besitzer nicht zustehen sollten. Satz 1 sei vielmehr, zum mindesten inhaltlich, überflüssig. Seine Existenz lasse sich allenfalls damit begründen, daß er die folgenden Sätze einleiten, vermitteln wolle. Dann brauche er aber die Rechte des § 859 nicht zu erwähnen, da von ihnen in den folgenden Sätzen nicht die Rede sei.

Es mag hier noch hervorgehoben werden, daß die Vertreter dieser Auslegungsweise doch in dem Ergebnisse, zu dem sie bezüglich des Besitzschutzes für den mittelbaren Besitzer gelangen, teilweise auseinandergehen:

A. Die einen — so z. B. Kuhlenbeck[20]) — meinen, die Besitzschutzbefugnisse des mittelbaren Besitzers müßten mit denen des unmittelbaren Besitzers stets konkurrieren, könnten ihm demnach auch nur Dritten gegenüber zustehen.

B. Die anderen dagegen — so insbesondere

---

[19]) vgl. oben § 3 unter C.

[20]) Außer ihm auch Schwenk und Klein a. a. O.

Gierke[21]) — geben dem mittelbaren Besitzer die Besitzschutzbefugnisse auch da, wo sie der unmittelbare Besitzer, weil gegen ihn keine verbotene Eigenmacht verübt sei, nicht habe, insbesondere auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber.

Worin vermutlich diese Meinungsverschiedenheit ihren Grund hat, darauf soll hier nicht näher eingegangen werden; es wird später bei passender Gelegenheit mit berührt werden. Hier sei auf jeden Fall nur betont, daß sich jene Verschiedenheit in verschiedener Auslegung des § 869 Satz 1 nicht gründet.

---

[21]) Ferner Bekker, Eck, Fischer-Henle, Straaten, Kniep, Franke a. a. O.

Zweiter Abschnitt.

Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten.

I. Auslegungsgrundsätze.

§ 5.

Nach Darlegung der verschiedenen in der Literatur vertretenen Auslegungen des § 869 Satz 1 wollen wir nun selbst im folgenden, unter Berücksichtigung und gleichzeitiger Kritisierung der einzelnen Auslegungsvorschläge, den Sinn von § 869 Satz 1 zu ermitteln suchen.

Was heißt den Sinn einer gesetzlichen Bestimmung ermitteln?

Es kann nur heißen, ihren objektiven Sinn zu ermitteln, zu untersuchen, was ein vernünftiger Mensch in abstracto, nicht was der oder jener bestimmte einzelne mit den Worten des Gesetzes zum Ausdrucke bringt.[22])

Ausschlaggebende Bedeutung kann deshalb den Gesetzesmaterialien,[23]) die andere so stark betonen,

[22]) vgl. Lenel, Das BGB. und das Studium des römischen Rechts S. 8.

[23]) Als solche kommen im vorliegenden Falle in Frage: 1. die Mot. zu dem Entw. eines BGB., 2. die Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB., und 3. die Denkschr. zur Reichstagsvorlage.

vielleicht sogar allein entscheidend sein lassen wollen,[24]) nicht beikommen.

Die aus ihnen ersichtlichen Meinungen können für den Ausleger wohl von Wert, aber gewiß nicht entscheidend sein; sie können eine Auslegung erleichtern oder bestätigen, aber niemals bestimmen.[25])

Auch von dem praktischen Bedürfnisse dürfen wir uns nicht allzusehr leiten lassen.[26])

Wir können unmöglich um dieses Bedürfnisses willen dem Gesetze einen Inhalt geben, den es seinem Wortlaute nach nicht hat. Befriedigt das Gesetz unsere Anforderungen an praktische Zweckmäßigkeit nicht, so berechtigt uns das nur zu einer abfälligen Kritik an den in Frage kommenden Bestimmungen. An erster Stelle bleibt unbedingt maßgebend, was mit dem Gesetze so, wie es sich darbietet und denjenigen, die unter ihm leben, aus sich selbst heraus erkennbar ist, nach ver-

[24]) vgl. z. B. Cosack und Sprenger (oben Anm. 11), auch Dernburg in der früheren Auflage seines Bürgerl. R. (oben Anm. 13).

[25]) vgl. auch Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 74; ferner Lindenberg in der DJZ. 1903 S. 400: „Alle Auslegung hat von dem Wortlaute des Gesetzes auszugehen. Ist dieser klar und unzweideutig, so kann es nicht darauf ankommen, ob die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dem festgelegten Ergebnis entgegensteht. Mot. und Kommissionsvorschläge haben ihren — immerhin noch zweifelhaften — Wert dann, wenn es sich darum handelt, was unter einem Worte, einer Beziehung zu verstehen sei".

[26]) Das verlangen aber z. B. Kniep S. 320 und Franke S. 56.

nünftiger Auffassung zum Ausdrucke gelangt ist, gleichgültig, ob dies auch zum Ausdrucke kommen sollte. Nur wenn das Gesetz mehrere Deutungen zuläßt und alle anderen Hilfsmittel nicht ausreichen, bestehende Zweifel zu beseitigen, dann soll der Interpret aus den an sich möglichen Deutungen diejenige wählen, die ihm als die gerechteste und zweckmäßigste erscheint.[27])

Am nächsten wird naturgemäß stets die grammatische Interpretation liegen, die den Inhalt des Gesetzes aus dessen Worten zu entnehmen sucht. Sie baut sich auf den Gedanken auf, daß sich der Gesetzgeber jedenfalls genau und unzweideutig hat ausdrücken wollen, andererseits Sinn und Wort eine Einheit bilden, wie etwa Geist und Körper. Je mehr Sorgfalt man nun auf die Abfassung einer gesetzlichen Bestimmung verwendet weiß, um so mehr wird man einer Wortinterpretation trauen können. Gerade beim Bürgerlichen Gesetzbuche mit seiner peinlichen Ausdrucksweise wird man vermuten dürfen, daß schon eine einfache Wortinterpretation meist zum Ziele führen wird.

Vergegenwärtigt man sich aber das Wesen der Sprache, in dem es liegt, daß die gleichen Worte, unter den gleichen Umständen, von verschiedenen Menschen, auch vernünftigen Menschen, in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht werden können, und hält sich daneben das Wesen jenes Gesetzgebers vor Augen, jener fiktiven

---

[27]) vgl. auch Lenel S. 9, 11.

Persönlichkeit, von der Lenel[28]) sagt, daß sie sich nicht fassen und greifen lasse — an dem Zustandekommen unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs sind außer den Kommissionen, die den Entwurf verfaßt und revidiert haben, sämtliche deutsche Bundesregierungen und der Reichstag beteiligt gewesen —: dann wird man sehr bald an der Zuverlässigkeit, zum mindesten an der Zulänglichkeit einer reinen Wortinterpretation zu zweifeln beginnen. Wir dürfen deshalb, wenn wir bei einer Buchstabeninterpretation auf einen unverständlichen oder praktisch betrübsamen Sinn kommen, uns nicht ohne weiteres mit den Worten trösten: „Was können wir dafür, die wir das Gesetz nicht gemacht haben?“ Wir würden damit einer Wortklauberei anheimfallen, wie sie sich bei den neuen Gesetzbüchern leider nur zu leicht einstellt, weil vielfach von ihnen eine Genauigkeit im Ausdrucke verlangt wird, die sich bei dem Wesen der Sprache überhaupt nicht erreichen läßt.

Maßgebend ist vielmehr, weil der Sinn des Gesetzes in der Gesetzesurkunde, nicht unmittelbar in deren Worten zum Ausdrucke gekommen ist,[29]) auch das, was indirekt in dem Gesetze ausgedrückt ist, was sich aus der Form, der äußeren Anlage, aus dem Zusammenhange ergibt, was sich gewissermaßen zwischen den Zeilen herauslesen läßt: der latente Inhalt des Gesetzes, wie ihn Dernburg[30]) nennt.

[28]) a. a. O. S. 8.

[29]) s. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 73.

[30]) Pand. S. 74.

Erst wenn auch diese sogen. logische Interpretation noch Zweifel bestehen läßt, dürfen wir Gesetzesmaterialien und Zweckmäßigkeit entscheidend sein lassen.

Nach diesen Grundsätzen wollen wir nun den § 869 Satz 1 auszulegen versuchen.

II. Was besagt § 869 Satz 1 BGB.?

§ 6.

§ 869 Satz 1 lautet: „Wenn gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu".

Was unter „verbotener Eigenmacht" zu verstehen ist, bestimmt § 858. Wer „mittelbarer Besitzer" ist, geht aus § 868 hervor. Unklarheit kann höchstens darüber bestehen, ob in dem Bedingungssatz unter „dem Besitzer" jeder Besitzer schlechthin, also gemäß § 868 auch der mittelbare Besitzer mit, oder nur derjenige zu verstehen ist, der kurz als unmittelbarer Besitzer, Besitzmittler oder ähnlich bezeichnet wird, d. i. derjenige, der eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (vgl. § 868). Ich meine, daß sich diese Frage ziemlich leicht aus der Fassung des § 869 Satz 1 selbst ent-

scheiden läßt. Satz 1 spricht von dem Falle eines mittelbaren Besitzes. Bei jedem solchen muß es einen unmittelbaren und mindestens einen mittelbaren Besitzer geben. Den mittelbaren Besitzer bezeichnet Satz 1 ausdrücklich als solchen und bringt ihn damit in einen gewissen Gegensatz zu „dem Besitzer". Schwerlich kann man dann unter „dem Besitzer" noch einen anderen verstehen als den unmittelbaren Besitzer.

Aber selbst angenommen, Satz 1 verstehe unter „dem Besitzer" auch den mittelbaren Besitzer mit, habe also auch den Fall im Auge, daß gegen den mittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt werde; dann könnten dem mittelbaren Besitzer für diesen Fall die Ansprüche der §§ 861, 862 zwar zustehen, aber doch nicht „auch" zustehen. Wem denn sonst noch? Etwa dem unmittelbaren Besitzer? Ich suche vergebens nach einer Bestimmung dafür.[31])

Was § 869 Satz 1 in seinen Worten ausspricht,

[31]) Tatsächlich ist es nun wohl auch unbestritten, daß in § 869 Satz 1 unter „dem Besitzer" nur der unmittelbare Besitzer verstanden werden kann; so z. B. Gierke, Gutachten S. 37; Strohal, Sachbesitz S. 58; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 52; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 77; Biermann § 869 Anm. 3; Planck § 869 Anm. 1a; v. Staudinger § 869 Anm. 1eα; Turnau-Förster § 869 Anm. 2; Meisner § 869 Anm. 2b; Eck S. 36; Kniep S. 8. Reiß hat Bekker und Gierke gründlich mißverstanden, wenn er (S. 45) behauptet, daß sie unter „dem Besitzer" im § 869 auch den mittelbaren Besitzer mitverstanden wissen wollten.

läßt sich danach folgendermaßen zusammenfassen: es soll für den Fall verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer possessorischer Gerichtshilfeschutz neben dem unmittelbaren Besitzer auch dem mittelbaren Besitzer zustehen. Natürlich kann dabei nur an verbotene Eigenmacht seitens Dritter, nicht an solche seitens des mittelbaren Besitzers gedacht werden. Denn sonst müßte der mittelbare Besitzer die Ansprüche der §§ 861, 862 gegen sich selbst haben können. Das ist aber undenkbar.

Insoweit stimmen denn auch sämtliche Auslegungen des § 869 Satz 1 miteinander überein. Ihre Verschiedenheiten gründen sich vielmehr in einer anderen Frage, die wir uns zur weiteren Feststellung des Inhalts von § 869 Satz 1 noch vorzulegen haben, in der Frage, was Satz 1 mit dem soeben festgestellten Inhalte seiner Textesworte bezweckt.

III. Was bezweckt § 869 Satz 1 BGB.?

§ 7.

Mit Planck[32]) ist davon auszugehen, daß sich aus Satz 1 für sich allein dessen Zweck noch nicht entnehmen läßt. Wir müssen ihn aus dem Zusammenhange zu ermitteln suchen, insbesondere uns danach umsehen, ob andere Bestimmungen dem mittelbaren Besitzer gleichfalls Besitzschutz verleihen, und wenn dies der

[32]) Komm. § 869 Anm. 2.

Fall ist, prüfen, wie sich zu diesen Befugnissen die in § 869 Satz 1 erwähnten verhalten.

Als einzige andere Bestimmung kann nach dem Gesetze nur § 868 in Frage kommen, wonach der mittelbare Besitzer auch Besitzer ist. Da nun in den §§ 859, 861, 862 die daselbst bestimmten Rechte dem Besitzer schlechthin gegeben werden, könnte man folgern, daß sie auch der mittelbare Besitzer habe.[33]) Soll diese Folgerung zulässig sein, so muß, weil jede Art des Besitzschutzes voraussetzt, daß der schutzberechtigte Besitzer mit verbotener Eigenmacht angegriffen worden ist, verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer überhaupt möglich sein. Darüber existieren indessen derartig wesentlich verschiedene Ansichten, daß man aus dieser Tatsache bereits einen Zusammenhang mit den verschiedenen Auslegungen des § 869 Satz 1 vermuten kann.

1. Die Bedeutung der Frage, ob und inwieweit verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist.

§ 8.

I. Unter denjenigen, die zu dieser Frage Stellung nehmen, gibt es zunächst sehr viele,[34]) die überhaupt

[33]) So Eck S. 36; ähnlich auch Gaertner S. 151 und Kuhlenbeck S. 462 („lege non distinguente nec nostrum est distinguere").

[34]) Hierher gehören z. B. Strohal, Sachbesitz S. 52, 56, 122 u. in Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 355, 374 ff.; Biermann

jegliche verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer begrifflich für ausgeschlossen erachten. Sie können trotz § 868 die Vorschriften der §§ 859 ff. nicht auf den mittelbaren Besitzer ausdehnen und müssen in § 869 Satz 1 die einzige Bestimmung haben, nach der dem mittelbaren Besitzer ein Besitzschutz zusteht.[35]) [36])

II. Andere halten zwar verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer für möglich, aber doch nur in der Form, daß jede verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer zugleich solche gegen den unmittelbaren Besitzer ist, deswegen auf jeden Fall von Dritten ausgehen muß. Sie müssen die Bedingung, die nach § 868 in Verb. mit den §§ 859 ff. für Besitzschutzrechte des mittelbaren Besitzers gestellt ist, in der in § 869 Satz 1 ausgesprochenen inhaltlich aufgehen lassen, die

---

§ 869 Anm. 3; v. Staudinger, Komm. § 858 Anm. 3, a; Planck § 869 Anm. 2; Turnau-Förster § 869 Anm. 1 u. 2; Kretzschmar § 859 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann S. 78; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 48 ff.; Neumann § 869 Anm. I; Maenner S. 145; Bunsen im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 74; Goldmann-Lilienthal S. 238; Rohde S. 41; Bendix S. 71; Bartels S. 663; Künkler S. 37, 39; Selbmann S. 35; Schulenburg S. 40; Zimmer S. 35; Sievers S. 22; Engelhardt S. 27; Sprenger S. 12 f.

[35]) Wie bei der oben in § 3 unter A, a dargelegten Auslegung.

[36]) Sprenger, der (S. 12 f.) verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer für unmöglich hält, muß schon deswegen, nicht nur auf Grund der Entstehungsgeschichte (s. oben Anm. 11 a. E.) den § 869 Satz 1, wie angegeben, auslegen.

in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche dem mittelbaren Besitzer demnach schon nach § 868 in Verb. mit den §§ 861, 862 geben. Deshalb brauchen sie in § 869 Satz 1 noch nicht notwendig nur eine Wiederholung zu erblicken. Denn § 869 Satz 1 gibt dem mittelbaren Besitzer possessorischen Gerichtshilfeschutz bei jeder verbotenen Eigenmacht Dritter gegen den unmittelbaren Besitzer, verlangt nicht, daß sie zugleich solche gegen den mittelbaren Besitzer ist.

1. Wer nun allerdings auch in jeder verbotenen Eigenmacht Dritter gegen den unmittelbaren Besitzer eine solche wider gegen den mittelbaren Besitzer sieht, sich also nur beide Besitzer oder gar keinen verletzt denken kann,[37]) für den kann allerdings § 869 Satz 1 weiter nichts als eine Wiederholung dessen sein, in welchen Fällen die Ansprüche der §§ 861, 862 nach § 868 auch dem mittelbaren Besitzer zustehen. Infolgedessen stehen einem Vertreter dieser Ansicht von den erwähnten Auslegungswegen nur der Cromesche und der oben in § 4 bezeichnete offen.[38])

2. Wer sich aber Fälle verbotener Eigenmacht Dritter

[37]) So z. B. Kuhlenbeck S. 463; Schwenk S. 40, bes. S. 42; Kohler a. a. O. S. 80.

[38]) Deshalb muß Cosack, der (a. a. O. S. 79, 80) gleichfalls glaubt, daß durch eine verbotene Eigenmacht seitens Dritter unmittelbarer und mittelbarer Besitzer stets zusammen possessorisch verletzt werden, Anhänger der Cromeschen Auslegung werden, wenn § 869 Satz 1 eine erschöpfende Regelung der Besitzschutzbefugnisse des mittelbaren Besitzers enthalten soll (s. o. Anm. 11).

gegen den unmittelbaren Besitzer allein vorstellen kann,[39]) der findet in § 869 Satz 1 eine neue Bestimmung insofern, als hier dem mittelbaren Besitzer possessorischer Gerichtshilfeschutz auch für den Fall zugesprochen wird, daß verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer allein verübt wird. Seine Auslegung muß deshalb logischerweise der Buhlschen entsprechen.

III. 1. Wer schließlich nicht unbedingt in jeder verbotenen Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer zugleich solche gegen den unmittelbaren Besitzer findet, jedoch in jeder gegen den unmittelbaren Besitzer eine solche auch gegen den mittelbaren Besitzer erblickt,[40]) für den enthält zwar § 869 Satz 1 auch nur eine Wiederholung aus § 868, aber nicht in dem Umfang wie unter II, 1; die Fälle, in denen dem mittelbaren Besitzer die Ansprüche der §§ 861, 862 nach § 868 zustehen würden, würden sich in den von § 869 Satz 1 hervorgehobenen nicht erschöpfen. Hier würde man nur zwischen der Meisnerschen und der oben in § 4 gekennzeichneten Auslegungsart wählen können.

2. Wer indessen auch selbständige verbotene Eigenmacht Dritter gegen den unmittelbaren Besitzer

---

[39]) Schmelzer S. 64, 67.

[40]) z. B. Meisner S. 27 (kann sich verbotene Eigenmacht, die solche allein gegen den mittelbaren Besitzer ist, nur seitens des unmittelbaren Besitzers denken); Gierke, Gutachten S. 34, 37, 38; Bekker in Jherings Jahrb. S. 69; Straaten S. 12, 13; Franke S. 36, 41; anscheinend auch Kniep S. 9, 319, 320, 414.

noch für möglich hält und sich eben dadurch allein von einem Vertreter der Ansicht unter II, 2 unterscheidet, daß er nicht unbedingt in jeder verbotenen Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer zugleich solche gegen den unmittelbaren Besitzer erblickt,[41]) der muß zwar aus § 868 weitere Besitzschutzbefugnisse als jener für den mittelbaren Besitzer herleiten können; § 869 Satz 1 muß für ihn aber die gleiche Bedeutung haben, d. h. er muß sich der Buhlschen Auslegung anschließen.

Aus vorstehendem geht deutlich hervor, wie eng die Frage nach der Bedeutung von § 869 Satz 1 mit der Frage, ob und inwieweit verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist, zusammenhängt. Die Entscheidung der letzteren muß uns in unserer Auslegungsfrage auf jeden Fall einen bedeutenden Schritt vorwärts, unter Umständen sogar ans Ziel bringen. Ehe wir aber in eine Betrachtung jener Frage eintreten, sei noch auf etwas besonders hingewiesen. Unter zwei verschiedenen Voraussetzungen, im Falle II, 1 sowohl wie im Falle III, 1, besteht die Möglichkeit, sich für die Auslegung in § 4 zu entscheiden, jedoch mit dem Unterschiede, daß man bezüglich des Besitzschutzes des mittelbaren Besitzers je zu verschiedenen Ergebnissen gelangen muß. Im ersten Falle kann der mittelbare Besitzer Schutzbefugnisse nur haben, wenn sie auch der unmittelbare Besitzer hat (Kuhlenbecksche Auslegung); im

[41]) So z. B. Dernburg a. a. O. S. 77; Buhl S. 41 (sehr deutlich!); Gaertner S. 151; Weidemann S. 30, 31, 34.

zweiten Falle kann er sie auch selbständig haben (Gierkesche Auslegung). Damit kommen wir auf dieselbe Verschiedenheit, die wir schon bei den Anhängern der Auslegung des § 4 in der Literatur vertreten fanden. Hier finden wir nun eine Erklärung dafür (vgl. oben § 4 a. E.).

2. Wie muß der mit verbotener Eigenmacht angreifbare Besitz beschaffen sein?

§ 9.

„Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich“ und begeht damit nach § 858 verbotene Eigenmacht gegen den Besitzer. Soll nun verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer begrifflich möglich sein, so muß unter dem Besitzer bezw. dem Besitz auch der mittelbare Besitzer bezw. der mittelbare Besitz mitverstanden werden können. Dies wiederum hängt davon ab, ob der mittelbare Besitz so beschaffen sein kann, wie es § 858 seinem Inhalte nach von dem Besitze verlangt.

§ 858 setzt voraus, daß jemand dem Besitzer den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört. Mit diesen Worten fordert das Gesetz m. E. deutlich, daß jemand das räumliche, unmittelbare tatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache angreift, durch Lösen oder Lockern der zwischen der Person und der

Sache bestehenden tatsächlichen Bande mehr oder weniger stark beeinträchtigt. Jemandem den Besitz einer Sache entziehen, kann bei natürlicher Auffassung nichts anderes heißen als jemandem die tatsächliche Gewalt über eine Sache so entziehen, eine Sache aus seiner tatsächlichen Herrschaftssphäre so entrücken, daß ihm von da ab beliebige physische Einwirkungen auf die Sache unmöglich sind. Jemand im Besitz einer Sache stören, kann nichts anderes bedeuten, als jemandem bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache Hindernisse in den Weg legen.

Sind aber unter verbotener Eigenmacht Eingriffe in die rein natürlich, äußerlich zu fassende tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache zu verstehen, dann muß die Person, gegen die verbotene Eigenmacht möglich sein soll, d. i. der Besitzer, solche tatsächliche Sachgewalt überhaupt haben.

Diese Gedanken finden wir besonders noch in den folgenden §§ 859, 861, 862 bestätigt, in denen das Gesetz den Besitzschutz regelt. Die Wirkungen, auf deren Beseitigung jene gesetzlichen Besitzschutzrechte abzielen, können durch verbotene Eigenmacht nur dann geschaffen werden, wenn der Besitzer, gegen den sie verübt wird, etwas in den Händen hat. Das sagt einem das Gefühl vielleicht noch deutlicher als die Textesworte der gesetzlichen Paragraphen. Es findet überdies Bestätigung in den gesetzgeberischen Motiven, die zur Schaffung des Besitzschutzes geführt haben. Danach ist mit dem

possessorischen Schutze die „Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen“,[42]) die „Aufrechterhaltung bezw. Wiederherstellung der bestehenden räumlichen Herrschaft der Person über die Sache gegenüber der Beeinträchtigung dieser Herrschaft durch das rechtswidrige Verhalten anderer Personen“[43]) bezweckt worden.

Bedenkt man nun weiter, daß unverkennbar der Begriff der verbotenen Eigenmacht überhaupt nur zum Zwecke der Regelung des Besitzschutzes aufgestellt worden ist, so muß man abermals zu dem Schlusse gelangen, daß verbotene Eigenmacht in jedem Falle sich nur gegen einen in äußeren, räumlichen, tatsächlichen Beziehungen zu einer Sache stehenden Besitzer richten kann.

Ganz deutlich geht aus § 867 hervor, daß der Besitzer, von dem dort die Rede ist, tatsächliche Sachgewalt haben muß; § 867 besagt ja ausdrücklich: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers ... gelangt, ...“. Bei der Verwandtschaft des Anspruchs aus § 867 mit den Rechten der §§ 859, 861, 862 liegt es nahe, anzunehmen, daß sich das Gesetz in diesen Paragraphen einen Besitzer von gleicher Eigenschaft denkt. Ein weiteres Indiz für unsere Auffassung, daß verbotene Eigenmacht nach dem Gesetz in der Person des an-

[42]) So Prot. S. 31, vgl. auch S. 28.

[43]) So Mot. S. 109.

gegriffenen Besitzers tatsächliche Sachgewalt voraussetzt![44])

3. Vom Wesen des mittelbaren Besitzes.

§ 10.

Daß der unmittelbare Besitzer mit der erforderlichen tatsächlichen Sachgewalt ausgestattet, gegen ihn mithin verbotene Eigenmacht möglich ist, leuchtet ohne weiteres ein.

Deswegen braucht jedoch noch nicht das gleiche für den mittelbaren Besitzer zu gelten, mag er nach § 868 „auch Besitzer" sein. Das Gesetz schließt weder die Annahme verschiedener Arten von Besitz aus, noch zwingt es zu der Annahme, daß jedem Besitze tatsächliche Gewalt eigen sein müsse; eine gesetzliche Definition von Besitz gibt es ja nicht.[45]) Der mittelbare Besitz kann möglicherweise ganz anders als der mittelbare Besitz geartet, trotzdem aber Besitz sein.

Und damit kommen wir auf die Frage nach dem

---

[44]) Auf die Erkennbarkeit des Gewaltverhältnisses, die z. B. Selbmann (S. 34, 35) stark hervorkehrt, kommt es m. E. weniger an. Denn es wird ja für den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht ein Verschulden auf seiten des Täters nicht gefordert. Außerdem dürften, wenn sich die Besitzschutzbefugnisse nur bei Erkennbarkeit des Besitzverhältnisses rechtfertigen ließen, bei Nichterkennbarkeit desselben dem Besitzer auch die Rechte aus den §§ 227 ff., vorausgesetzt, daß im übrigen deren Vorbedingungen erfüllt sind, nicht, wie unbestritten, zustehen.

[45]) Ungenau deswegen Selbmann S. 9 (wo er von Bestimmungen spricht, in denen der Besitz schlechthin definiert werde).

Wesen des mittelbaren Besitzes, die wie kaum eine andere im ganzen Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches bestritten ist. In den Kommissionsprotokollen[46]) ist der mittelbare Besitz als ein Institut von zweifelhaftem juristischen Charakter bezeichnet. Die Literatur hat dieses Urteil vollauf bestätigt; fast jeder Schriftsteller, der zu dieser Frage Stellung genommen hat, definiert den mittelbaren Besitz anders; die Unterschiede sind allerdings vielfach keine wesentlichen, sondern nur sehr feine.

Für uns sind hier die verschiedenen Ansichten nur insofern von Bedeutung, als in ihnen in dem Punkte, ob auch der mittelbare Besitzer tatsächliche Gewalt wie der unmittelbare ausübt, Abweichungen hervortreten.

a) Die wesentlichsten Theorien.

§ 11.

Im Hinblick auf die Frage, ob auch der mittelbare Besitzer mit tatsächlicher Sachgewalt ausgestattet ist, sind es vornehmlich drei Ansichten, die in der Literatur Vertretung finden:

1. Nach der einen Ansicht, die hauptsächlich von Wendt[47]) verfochten wird, ist der mittelbare Besitzer

---

[46]) Prot. Bd. 3 S. 332.

[47]) s. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 40ff. und Gutachten S. 5ff.; ferner z. B. Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 663; Goldmann-Lilienthal S. 230 Anm. 1; Rohde S. 7; Schulenburg S. 40; Klein S. 16, 25; anscheinend auch Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 58ff.

nicht das, wofür das Wort ihn ausgibt, kein Besitz, sondern nur ein gewisses Verhältnis einer Person zu dem Besitzer, dessen Kern ein bestimmtes, einen Rückgabeanspruch begründendes obligatorisches Rechtsverhältnis bildet, wie es § 868 näher charakterisiert. Dieses Verhältnis sei infolge des Ergebnisses eines Rechtssatzes, durch Fiktion als Besitz neben den Besitz des wirklichen Besitzers gestellt worden. Das Gesetz beliebe diesen fingierten Besitz „mittelbaren" zu nennen, weil er in der Tat nur durch die obligatorischen Beziehungen zum Besitzer getragen werde und durch den Gedanken, daß die Sache ja demnächst zum Eigentümer zurückkehre und nur einstweilen auf Zeit sich in fremder Hand befinde.[48])

2. Demgegenüber behaupten die anderen, der mittelbare Besitz sei wahrer, echter Besitz, der dem mittelbaren Besitzer durch den unmittelbaren kraft eines zwischen beiden bestehenden besonderen Verhältnisses vermittelt werde.

a) Durch dieses besondere Verhältnis, sagen nun Gierke[49]) und seine Anhänger[50]) weiter, behaupte der

[48]) Eingehende Darstellungen der Wendtschen Lehre finden sich in den Diss. von Schwenk S. 20ff.; Selbmann S. 21ff.; Przibilla S. 15ff.; Franke S. 25f.

[49]) Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15; Gutachten S. 32ff.; Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 220.

[50]) z. B. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 46, 49ff.; Buhl S. 40; Cosack Bd. 2 S. 63f.; Leonhard, Vertretung beim

mittelbare Besitzer fortdauernd eine tatsächliche Herrschaft über die Sache; diese sowie die anerkannte Position als Besitzherr und die Möglichkeit der Verfügung über die Sache machten den mittelbaren Besitzer eben zum zum Besitzer. Er sei genau so gut und nicht anders Besitzer als der unmittelbare Besitzer.[51] Keine verschiedenen Besitzarten! Wesensgleicher Besitz!

b) Strohal[52] dagegen und diejenigen, die sich seiner Auffassung anschließen,[53] halten den mittelbaren Besitz zwar auch für echten Besitz, aber doch für eine besondere Art. Mittelbarer Besitz setze immer das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzes voraus, unmittelbarer Besitz hingegen könne für sich allein bestehen. Er ergebe sich aus der selbständigen Inhabung seines Trägers, während dem mittelbaren Besitzer sein Besitz durch die selbständige Inhabung des unmittel-

Fahrniserwerb S. 70f.; Eck a. a. O. S. 12ff., 15; M. Wolff in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 146 Anm. 9; Gaertner S. 146ff.; Weidemann S. 24ff.; Meisner a. a. O. zu §§ 868, 869 Anm. 3.

[51]) Auch Kuhlenbeck S. 446 gelangt zu einer Wesensgleichheit von unmittelbarem und mittelbarem Besitz, freilich bei eigenartiger Vorstellung des Besitzbegriffes (Besitz = relativ geschütztes Recht an einer Sache).

[52]) Sachbesitz S. 18ff.

[53]) z. B. Turnau-Förster Bd. 1 § 868 Anm. 1 u. 2; Kretzschmar § 868 Anm. 2 und 4; Endemann Bd. 2 S. 161, 167; Biermann § 868 Bem. 5; v. Staudinger, Komm. § 868 Bem. I; Regelsberger S. 21; Przibilla S. 87.

baren Besitzers, zu dem er in einem besonderen Verhältnisse stehe, vermittelt werde. Dadurch entständen, bezw. erhielten sich auf seiten des mittelbaren Besitzers tatsächliche Beziehungen zur Sache, die dazu ausreichten, auch ihn die Sache besitzen zu lassen, jedoch keine tatsächliche Sachherrschaft, wie sie für den unmittelbaren Besitzer wesentlich ist, darstellten.

b) Kritik.

§ 12.

Es kann kaum bezweifelt werden, daß der mittelbare Besitz nach dem Gesetze wahrer Besitz ist. Das besagen doch klar und deutlich die Worte des § 868: „. . . so ist auch der andere Besitzer". Damit spricht das Gesetz die volle Einordnung des mittelbaren Besitzes in die Kategorie des Besitzes aus.[54]) Hätte der Gesetzgeber den mittelbaren Besitzer nur hinsichtlich einiger oder aller Beziehungen wie den wirklichen Besitzer behandelt wissen wollen, so hätte er dies zweiffellos unzweideutiger mit seinen dafür gebräuchlichen Wortfassungen zum Ausdrucke gebracht und den Nachsatz des § 868 etwa dahin abgefaßt: „. . . so gilt auch der andere als Besitzer",[55]) oder: „. . . so hat auch der andere die rechtliche Stellung

[54]) vgl. Gierke, Gutachten S. 36 und Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 231, insbes. Anm. 6.

[55]) So z. B. Gaertner S. 147.

eines Besitzers", oder: „. . . so finden auf den anderen die für den Besitzer geltenden Bestimmungen, bezw. die Bestimmungen der §§ . . . (einzeln aufgezählt!) entsprechende Anwendung.[56]) [57])

I. Wendt verkennt auch nicht die zwischen seiner Theorie und der Fassung des Gesetzes bestehende Disharmonie. Er setzt sich indessen darüber mit dem sonderbaren Bemerken hinweg, daß es nicht nur auf den Wortlaut ankomme,[58]) und begründet demgegenüber seine Ansicht weiter damit, daß dem mittelbaren Besitzer wahrer Besitz schon deswegen nicht zukommen könne, weil dieselbe Sache bereits und unstreitig der unmittelbare Besitzer besitze, eine compossessio plurium in solidum aber dem Wesen des heutigen Besitzes nach undenkbar und ausgeschlossen sei. Wendt gelangt zu diesem Ergebnisse deswegen, weil nach seiner Ansicht zum Besitz unbedingt tatsächliche Gewalt gehört.[59]) Er leitet dies aus § 854 her, wo gesagt ist, daß der Besitz einer Sache durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben wird.

---

[56]) So Reiß S. 55.

[57]) Wollte man z. B., wie Wendt (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 50) vorschlägt, annehmen, daß das Gesetz im § 868 „den anderen" nur zum Besitzer im Sinne des § 869 machen wollte, so wäre dieser Zweck, wie Wendt auch zugibt, doch viel einfacher zu erreichen gewesen; dann hätte es füglich des § 868 überhaupt nicht bedurft.

[58]) s. Gutachten S. 4.

[59]) vgl. im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 41.

M. E. läßt sich aus § 854 nicht entnehmen, daß der Besitz einer Person stehe und falle mit ihrer tatsächlichen Gewalt über eine Sache. § 854 besagt nur, daß, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, damit Besitz an der Sache erwirbt; er schließt nicht aus, daß auch auf andere Weise als mit eigener tatsächlicher Gewalt eine Sache besessen werden kann. Sollte der Begriff des Besitzes im Sinne des § 854 den Begriff des Besitzes im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt erschöpfen, dann wäre es wohl ein leichtes gewesen, im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Begriffsbestimmung von Besitz zu geben. Das ist aber gerade unterlassen worden, weil die Möglichkeit einer in legislativer Beziehung genügenden und nicht mißzuverstehenden Definition des Besitzes bezweifelt werden müsse.[60])

Wendts Theorie wankt demnach schon in ihrer Begründung und fällt mit den Gesetzesworten: „. . . so ist auch der andere Besitzer".

II. Auch Gierke geht bei seiner Theorie von der falschen Voraussetzung aus, daß Besitzer nur sein könne, wer tatsächliche Sachgewalt habe. Ihn verleitet dazu offenbar auch der § 854 BGB., und insoweit kranken die Theorien Wendts und Gierkes an demselben Fehler. Gierke gerät dabei aber wenigstens mit den Gesetzesworten: „. . . so ist auch der andere Besitzer" nicht in Widerstreit, weil er bei dem mittelbaren Be-

[60]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 80.

sitzer noch zu einem Besitze genügende tatsächliche Sachgewalt vorfindet. Es muß aber m. E. bezweifelt werden, ob das, was Gierke als tatsächliche Sachgewalt ansieht, auch wirklich als solche angesehen werden kann.

In tatsächlicher Gewalt hat jemand eine Sache dann, wenn sie sich in seinem unmittelbaren körperlichen Machtbereich, in seiner unmittelbaren Herrschaftssphäre befindet, wo er unter regelmäßigen Umständen jederzeit auf die Sache körperlich einzuwirken imstande ist. Solche tatsächliche Gewalt hat im Falle des § 868 der unmittelbare Besitzer und nur der unmittelbare Besitzer, weil eine tatsächliche Gewalt mehrerer in solidum begrifflich ausgeschlossen ist.[61]) Was Gierke als tatsächliche Gewalt beim mittelbaren Besitzer ansieht, ist nach unserer Definition von tatsächlicher Gewalt keine solche. Gierke faßt aber offenbar den Begriff der tatsächlichen Gewalt weiter, und darin liegt m. E. sein Fehler.

III. Den richtigen Weg dürfte Strohal eingeschlagen haben. Er identifiziert den Begriff des Besitzes im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mit dem im Sinne des § 854. Nach Strohals Ansicht sind unmittelbarer und mittelbarer Besitz nur Unter-

[61]) Da Wendt, wie wir oben S. 35 gesehen haben, Besitz im Sinne des BGB. mit tatsächlicher Sachgewalt identifiziert, kann er konsequenterweise auch behaupten, daß es eine compossessio plurium in solidum schlechthin noch heute nicht gebe (s. oben S. 35).

arten eines Oberbegriffes von Besitz, der zu fassen ist schlechthin als eine tatsächliche Beziehung zur Sache. Bei dieser Auffassung ist es Strohal möglich, dem Wortlaute des § 868 zu folgen und in dem mittelbaren Besitzer einen wahren Besitzer zu erblicken, ohne sich mit § 854 in Widerspruch zu setzen. Besitz im Sinne des § 854 hat im Falle des § 868 der unmittelbare Besitzer. Trotzdem hat aber auch „der andere" wahren, nur anders gearteten Besitz. Seine tatsächliche Beziehung zur Sache ist nicht eine solche, die, wie die des unmittelbaren Besitzers, nach der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die auf der Sachherrschaft des unmittelbaren Besitzers und seiner Anerkennung einer besonderen Verpflichtung zur künftigen Überlassung der Sachherrschaft an den mittelbaren Besitzer beruht und daher letzterem eine besonders gesicherte Anwartschaft auf die Sachherrschaft gewährt.[62])

Die Strohalsche Auffassung vom Wesen des mittelbaren Besitzes wollen wir unserer folgenden Behandlung zugrunde legen.

[62]) So Planck § 868 Bem. 5; vgl. auch Przibilla S. 87 (der mittelbare Besitz sei eine tatsächliche Macht, die zwar keine unmittelbare Gewalt über die Sache selbst gewährt, aber mit Rücksicht auf die Anerkennung und Respektierung, die einer Rechtsposition erfahrungsgemäß zuteil wird, als eine genügend starke Beziehung zur Sache angesehen werden kann, um Besitz zu begründen, allerdings nur mittelbaren, da die unmittelbare Gewalt über die Sache in die Hand eines anderen gelegt ist).

4. Ist verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich?

§ 13.

Wir waren auf die Frage nach dem Wesen des mittelbaren Besitzes deswegen zu sprechen gekommen, weil, wie bereits hervorgehoben, von ihrer Beantwortung unsere Stellungnahme zu der weiteren Frage abhängt, ob und inwieweit verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist. Wir hatten weiter — oben in § 9 — gesehen, daß verbotene Eigenmacht auf seiten des angegriffenen Besitzers tatsächliche Sachgewalt voraussetzt.

I. Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß, wenn der mittelbare Besitz, wie Wendt annimmt, nur in einer Fiktion beruht, verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer nicht verübt werden kann. Einer leeren Hand kann nichts entzogen werden.[63])

II. Ebenso selbstverständlich ist, daß bei der Gierkeschen Auffassung vom Begriffe des mittelbaren Besitzes verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist. Das folgt einfach daraus, daß Gierke den mittelbaren Besitz dem unmittelbaren, der zweifellos mit verbotener Eigenmacht angreifbar ist, gleichgestellt, daß er ihn insbesondere auch als mit tatsächlicher Sachgewalt ausgestattet erachtet.

III. Bei der Strohalschen Lehre vom Wesen des

[63]) vgl. Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 663, 676, 680; Schulenburg S. 40.

mittelbaren Besitzes gestaltet sich schließlich die Beantwortung der Frage nach verbotener Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer wiederum sehr einfach. Nach Strohal ist der mittelbare Besitzer wahrer, aber doch nicht mit tatsächlicher Sachgewalt ausgestatteter Besitzer. Setzt nun aber andererseits, wie wir auch bereits festgestellt haben, verbotene Eigenmacht auf seiten des angegriffenen Besitzers tatsächliche Gewalt voraus, so muß nach der Strohalschen Theorie verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer ausgeschlossen sein.[64])

Da wir uns Strohal angeschlossen haben, hat für uns verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer für ausgeschlossen zu gelten.

5. Die Lösung der Frage, was § 869 Satz 1 BGB. bezweckt.

§ 14.

I. Da nach der Wendtschen Theorie verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer undenkbar ist, kann nach ihr die Rechte der §§ 859, 861, 862 nur der unmittelbare Besitzer haben. Dem mittelbaren Besitzer werden dann Besitzschutzrechte erst durch § 869 Satz 1 und infolgedessen nur unter der dort angegebenen Voraussetzung und in dem dort gekennzeichneten Umfange gegeben. Wendt und seine Anhänger müssen

[64]) So auch das Reichsgericht, RG. in Strafs. Bd. 36 S. 323.

demnach den § 869 Satz 1, wie oben in § 3 unter A, a dargestellt, auslegen.[65])

II. Gierke hingegen muß, weil nach seiner Lehre verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist, diesem zunächst nach § 868 die sämtlichen Besitzschutzrechte der §§ 859 ff. bewilligen. Um dann weiter feststellen zu können, welche Bedeutung dem § 869 Satz 1 gegenüber dem § 868 zukomme, würde zu prüfen sein, ob und inwieweit Gierke und seine Anhänger in verbotener Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer solche zugleich gegen den unmittelbaren und umgekehrt in verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer solche zugleich gegen den mittelbaren erblicken (vgl. dazu oben § 8 unter II u. III). Wir können uns hier eine Prüfung dieser Fragen ersparen, da wir uns der Strohalschen Lehre vom Wesen des mittelbaren Besitzes angeschlossen haben.

III. Strohal muß, wie wir bereits gesehen haben, in Gemäßheit seiner Lehre dazu gelangen, verbotene

---

[65]) Anders freilich Wendt neuerdings in „Besitz und Besitzwille" S. 25. Daselbst behauptet er, früher die Folgerungen aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes allzu einseitig übertrieben zu haben. Er meint damit zweifellos auch die Folgerung, daß der mittelbare Besitzer die Rechte der §§ 859, 861, 862 nicht habe, weil er trotz § 868 kein wahrer Besitzer sei. Jetzt will Wendt, ohne seine Ansicht über das Wesen des mittelbaren Besitzes zu ändern, dem mittelbaren Besitzer auf Grund von § 868 die Besitzschutzrechte zugestehen. Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 34 ff.

Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer für unmöglich zu halten. In logischer Folge davon muß er und mit ihm auch wir, wie Wendt, indessen aus wesentlich anderen Gründen als dieser, in § 869 Satz 1 diejenige gesetzliche Bestimmung erblicken, die dem mittelbaren Besitzer Besitzschutzbefugnisse überhaupt erst gibt. Wenn dies aber der Fall ist und auch sonst das Gesetz nirgends possessorischen Schutz für den mittelbaren Besitzer normiert, dann müssen die in § 869 Satz 1 enthaltenen Bestimmungen unbedingt als eine erschöpfende Regelung dieses Schutzes angesehen werden.[66])

6. Nachprüfung des Ergebnisses auf dem Wege grammatischer Interpretation.

§ 15.

Unser Ergebnis gründete sich bisher im wesentlichen darauf, daß wir verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer nach dem Inhalte des Gesetzes für unmöglich erachteten. Sehen wir jetzt einmal davon ab und prüfen wir, welcher von den Auslegungsvorschlägen uns nach der Fassung des Gesetzes als der annehmbarste erscheinen will. Wenn unsere gefundene Auslegung zutreffen soll, so dürfte zu erwarten sein, daß sie auch mit dem Gesetzestexte in Einklang steht.

[66]) Anders, aber m. E. unrichtig und in seiner Begründung dürftig und unhaltbar Engelhardt S. 21ff. (s. oben Anm. 7).

Alle anderen Auslegungsvorschläge außer demjenigen, auf den wir uns geeinigt haben, gehen davon aus, daß nach § 868 sämtliche vom Besitze handelnden Bestimmungen auf den mittelbaren Besitz zu erstrecken seien. In der Tat wird diese Ansicht durch die Fassung des § 868 sehr nahe gelegt; es will uns gerade an unserer Auslegung zunächst nicht behagen und etwas gekünstelt erscheinen, wenn wir nur auf Grund des Inhaltes des Gesetzes und fast im Widerspruch zu seinen Worten meinen, nicht ohne weiteres alle Besitzvorschriften auf den mittelbaren Besitz übertragen zu dürfen. Dehnt man nun nach § 868 alle den Besitz betreffenden Bestimmungen auf den mittelbaren Besitz aus, so fragt sich aber, wie dabei der § 869 Satz 1 verstanden werden soll.

Alle, außer denjenigen, die der Buhlschen Auslegung huldigen, finden in § 869 Satz 1 etwas aus dem Gesetze — und zwar aus § 868 in Verb. mit §§ 861, 862 — bereits Bekanntes wiederholt. Diese Wiederholung begründen Gierke und Kuhlenbeck nebst ihren Anhängern einzig und allein damit, daß der Satz 1 in § 869 zur Einleitung der nachfolgenden Sätze dieses Paragraphen diene. Dem können wir unmöglich beipflichten. Zunächst würde es ganz gegen alle Gewohnheit des Gesetzgebers, der sich sonst gewissenhaft einer möglichsten Kürze in der Fassung seiner Bestimmungen befleißigt, sein, wenn er hier noch dazu einen selbständigen Satz zu einer Einleitung oder Überleitung be-

nutzte,[67]) wo das, was Satz 1 ausspricht, ohnedies erst im unmittelbar vorhergehenden Paragraphen, im § 868, geregelt sein würde. Hätte der Gesetzgeber in § 869 wirklich nur das, was Satz 2 u. 3 enthält, bestimmen wollen, so würde er ihm zweifellos im Interesse möglichster Kürze und zugleich größerer Klarheit etwa folgende Fassung gegeben haben[68]): „Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will . . . "

Wenn Satz 1 wirklich nur zu passender Einleitung von Satz 2 dienen sollte, so müßte es doch weiterhin auffallen, daß in Satz 1 außer von § 861 auch von § 862 die Rede ist, obwohl es sich um ihn im folgenden gar

[67]) Straaten (S. 14 Anm. 1) verweist bei dieser Gelegenheit auf § 859, wo das, was Abs. 1 besage, nach allgemeiner Ansicht schon in § 227 enthalten sei. M. E. läßt sich der § 859 nicht zum Vergleiche heranziehen. Dort handelte es sich für den Gesetzgeber darum, neben den in den Abs. 2 u. 3 normierten, über das allgemeine Selbsthilferecht des § 229 zum Teil hinausgehenden Selbsthilferechten des Besitzers schon der Vollständigkeit und Zweckmäßigkeit wegen, auch das Selbstverteidigungsrecht des Besitzers besonders zu erwähnen; vgl. auch Künkler S. 7.

[68]) Den gleichen Gedanken hat Künkler, wenn er (S. 36) als Fassung für Satz 1 und die erste Hälfte von Satz 2 vorschlägt: „Der Klaganspruch des mittelbaren Besitzers geht im Falle der Entziehung des Besitzes auf Wiedereinräumung desselben an den unmittelbaren Besitzer".

nicht handelt. Man behauptet,[69]) das sei offenbar wegen der engen Zusammengehörigkeit geschehen. M. E. hätte dann freilich ebensogut auch der § 859 mit angeführt werden müssen.

Gerade das Fehlen von § 859 wird aber von anderen aufgegriffen, den Satz 1 dahin zu interpretieren, daß der mittelbare Besitzer unter den Voraussetzungen des Satz 1 die in Satz 1 erwähnten Besitzschutzrechte und nur diese Rechte, die Besitzschutzrechte des § 859 indessen eben nicht haben solle. Für diese Auslegung spricht scheinbar auch die Erwägung, daß, wenn der mittelbare Besitzer die Rechte aus § 859 haben sollte, das Gesetz für die Fälle des § 859 Abs. 2 u. 3 gleichfalls eine dem § 869 Satz 2 entsprechende Bestimmung hätte treffen müssen. Demgegenüber betont man allerdings, das, was Satz 2 bestimme, sei selbstverständlich, so selbstverständlich, daß diese Bestimmung ebensogut fehlen könnte und man trotzdem das, was sie besagt, gelten lassen müsse. Nun gut! Wenn nun der Gesetzgeber aber trotzdem — vielleicht um jegliche Zweifel auszuschließen — besonders auszusprechen beliebte, daß im Falle des § 861 die Sache zunächst an den unmittelbaren Besitzer zurückzugelangen habe, dann hätte er folgerichtig einen solchen Ausspruch auch für die Fälle des § 859 Abs. 2 u. 3 für erforderlich erachten müssen, anderenfalls durch das Fehlen eines solchen Ausspruchs

---

[69]) s. Klein S. 35.

erst recht Zweifel in das Gesetz hineingetragen worden wären.

Gerade der Umstand, daß die Bestimmung von Satz 2 auch entbehrt werden kann und demzufolge das Hauptgewicht des § 869 auf Satz 1 beruht, bestärkt die Ansicht derer, die aus dem Fehlen von § 859 in § 869 Satz 1 schließen, daß dem mittelbaren Besitzer unter den dort angegebenen Voraussetzungen die Rechte des § 859 nicht zustehen sollen. Der Zweck des Satzes 1 würde dann allerdings einzig und allein der sein, dem mittelbaren Besitzer die ihm an sich nach § 868 zustehenden Rechte des § 859 ganz (so Crome) oder wenigstens teilweise (so Meisner) durch ein argumentum e contrario wieder zu entziehen. Hätte sich dieser Zweck aber nicht viel einfacher in direkter Form erreichen lassen? Hätte die direkte Form nicht auch viel näher gelegen? Und ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz diese Form auch schon um deswillen gewählt hätte, weil jedem argumentum e contrario etwas Unbestimmtes anhaftet?[70] Satz 1 hätte deutlicher etwa folgendermaßen lauten können: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen dem mittelbaren Besitzer nur die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche (neben dem Besitzer) zu", oder — in der Erwägung, daß bei der Fassung des § 868 die Rechte des § 859 dem mittelbaren Besitzer be-

[70]) Kuhlenbeck (S. 462) findet ein argumentum e contrario aus Satz 1 sogar unlogisch.

sonders abgesprochen werden müßten, wenn er sie nicht haben sollte —: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in § 859 bestimmten Rechte dem mittelbaren Besitzer nicht zu“. Mit Rücksicht auf die nachfolgenden Sätze wäre immerhin die erste Fassung vielleicht vorzuziehen gewesen.

Wollte man überdies den Satz 1 wie Meisner auslegen, so würde außerdem, ebenso wie bei der Buhlschen Auslegung, eine der Bestimmung des Satzes 2 für die Fälle des § 859 Abs. 2 und 3 nachgebildete Bestimmung, die man, wie oben schon ausgeführt, billigerweise erwarten dürfte, zu vermissen sein.

Der Buhlschen Auslegung ist sonst nicht abzustreiten, daß sie fein logisch konstruiert und den Worten des Gesetzes in jeder Beziehung gerecht zu werden scheint. Wer streng nach dem Buchstaben interpretiert, wird ihr sogar den Vorzug vor der Wendt-Strohal-Planckschen Auslegung geben müssen, weil er bei ihr, zum Unterschiede von dieser, auch die Besitzvorschriften der §§ 859ff. gemäß den Worten des § 868 uneingeschränkt auf den mittelbaren Besitz ausdehnen kann. Man darf der Buhlschen Auslegung auch nicht entgegenhalten, daß, wenn ihr Inhalt vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen wäre, er die danach in § 869 Satz 1 für den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers enthaltene Erweiterung dem § 868 gegenüber in der Weise mehr hervorgehoben haben würde, daß er den angegriffenen Besitzer im Vorder-

satze des Satzes 1 als „unmittelbaren“ bezeichnet hätte. Das Gesetz kennt ja die Bezeichnung „unmittelbarer Besitzer“ gar nicht. Immerhin, meine ich, würde das Gesetz, gerade im Anschluß an § 868, die Erweiterung der Besitzschutzrechte des mittelbaren Besitzers etwa in folgender abweichender Fassung des § 869 Satz 1 zum Ausdruck gebracht haben: „Die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche stehen dem mittelbaren Besitzer auch dann zu, wenn nur gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird“.

Nun aber lautet § 869 Satz 1: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu“. In dieser Fassung, insbesondere in der Voranstellung des Bedingungssatzes will mir deutlich zum Ausdruck kommen, daß mit ihm keine andere als die einzig mögliche verbotene Eigenmacht zur Voraussetzung der im Folgesatze bewilligten Besitzschutzrechte gemacht werden sollte; auf die Worte: „gegen den Besitzer“ ist m. E. nicht der geringste Nachdruck zu legen. Versteht man aber, wie allgemein,[71]) unter dem angegriffenen Besitzer in § 869 Satz 1 den unmittelbaren Besitzer, so muß man weiter folgern, daß das Gesetz verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer als allein möglich erachtet.

Damit aber gelangen wir abermals auf die Wendt-Strohal-Plancksche Auslegung. Denken wir weiter

[71]) vgl. oben § 6.

daran, daß wir die Wendtsche Sonderauslegung bereits als mit § 868 unvereinbar zurückgewiesen haben,[72]) so bleiben uns nur noch die Sonderauslegungen Strohals und Plancks übrig.

Der Unterschied zwischen beiden besteht, wie bereits oben[73]) erwähnt, nur noch darin, daß Strohal die Besitzbestimmungen mit Rücksicht auf die Eigenart des mittelbaren Besitzes nur insoweit auf den mittelbaren Besitz ausdehnt, als sich ihre Ausdehnbarkeit besonders erweisen läßt, während Planck die Besitzesbestimmungen nur insoweit auf den mittelbaren Besitz nicht anwendet, als sich ihre Unanwendbarkeit aus dem Zusammenhang oder der Natur des mittelbaren Besitzes ergibt.

Meiner Ansicht nach läßt sich Strohals Lehre mit dem Gesetzestexte nicht recht in Einklang bringen. Zunächst kann sich Strohal zu seiner beschränkten Ausdehnung der Besitzesbestimmungen auf den mittelbaren Besitz nur auf Grund von § 868 für berechtigt halten. Nach dem Wortlaute des § 868 kann indessen, wie ich meine, nur eine uneingeschränkte Ausdehnung aller Besitzesvorschriften auf den mittelbaren Besitz in Frage kommen; wenigstens muß sie grundsätzlich gelten. Zu einer Einschränkung, wie sie Planck m. E. mit vollem Rechte für geboten ansieht, muß man dann auf Grund der einwandsfreien Erwägung gelangen, daß

---

[72]) vgl. oben § 12 unter I.

[73]) § 3 unter A, a.

sicherlich da von einer Ausdehnung keine Rede sein kann, wo eine solche gegen den Sinn des Gesetzes oder eine im Gesetze zum Ausdruck gelangte Absicht des Gesetzgebers verstoßen würde. Überdies muß sich Strohal mit Planck im Ergebnis wieder vereinen, wenn er überall da, wo Planck eine Einschränkung nicht für geboten erachtet, eine Ausdehnbarkeit für erweislich und umgekehrt da nicht für erweislich hält, wo Planck eine Einschränkung eintreten läßt. Insbesondere in Anbetracht der uns hier interessierenden Frage, ob die §§ 859, 861, 862 auf Grund von § 868 auch für den mittelbaren Besitzer gelten, bleibt es sich im Erfolge gleich, ob wir Strohal oder Planck folgen; denn Strohal hält eine Ausdehnbarkeit jener Paragraphen nicht für erweislich, Planck mit Rücksicht auf das Wesen des mittelbaren Besitzes für ausgeschlossen. Ich möchte, wie ich bereits durchblicken ließ, Planck den Vorzug geben und meinen, daß seine Lehre der Eigenart des mittelbaren Besitzes hinreichend Rechnung trägt.

IV. Zusammenfassung und Schluß.

§ 16.

Nach der im vorstehenden bestimmten Auslegung des § 869 Satz 1 kommen wir hinsichtlich des Besitzschutzes des mittelbaren Besitzers zu folgendem Ergebnisse:

Der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers erschöpft sich darin, daß dieser — abgesehen von dem Anspruche des § 867 — bei verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer die in den §§ 861, 862 normierten Ansprüche geltend machen kann. Der mittelbare Besitzer hat demnach nur Gerichtshilfe-, keinen Selbsthilfeschutz.

Das ist der Inhalt des Gesetzes; auch nur er allein läßt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes rechtfertigen.[74]) Leider ist er indessen im Gesetze selbst nicht mit der wünschenswerten Klarheit und Entschiedenheit zum Ausdrucke gelangt. Die eigentliche Wurzel der Unklarheit liegt aber weniger in § 869 Satz 1 als

[74]) Der 1. Entw., der noch zwischen Inhaber und Besitzer unterschied, wobei die räumliche Herrschaft und unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache nicht bei dem Besitzer als solchem, sondern bei dem Inhaber war (vgl. Mot. S. 109), bestimmte in § 821 ausdrücklich, daß, falls der Inhaber nicht zugleich der Besitzer sei, die nach den §§ 819, 820 für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zustehen sollten. Die §§ 819, 820 entsprachen unseren heutigen §§ 861, 862. Bei der 2. Lesung des Entw. wurde zunächst infolge der damals beschlossenen fundamentalen Änderung der Besitzlehre die Fassung des § 821 in diejenige unseres heutigen § 869 abgeändert; in der Sache selbst dagegen beschloß die Mehrheit der Kommission, es bei der Regelung des 1. Entw. zu belassen. Die Denkschrift (S. 111) begründet diesen Standpunkt damit, das praktische Bedürfnis verlange es, daß neben dem Besitzer auch dem mittelbaren Besitzer in gewissem Umfange Besitzschutz zugestanden werde.

in den Worten des § 868: „. . . so ist auch der andere Besitzer“.[75]) Solange ihnen keine Einschränkung hinzugefügt wird, ist geradezu die Auffassung herausgefordert, alle Bestimmungen, die dem Besitz als solchem gelten, auch auf den mittelbaren Besitz zu übertragen, während sich, wie wir gesehen haben, eine solche Ausdehnung nur insoweit denken läßt, als sich nicht aus dem Zusammenhang oder der Natur des mittelbaren Besitzes etwas anderes ergibt. Der Gesetzgeber hätte gut getan, diese Einschränkung in einem Zusatze zu § 868 unzweideutig zum Ausdrucke zu bringen.

---

[75]) So auch Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 50 f.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.